

Ricardo Manuel Leal Rodrigues de Oliveira

**Perda de metade do capital – Análise do art. 35o do Código das Sociedades Comerciais**

Porto

2016





## **Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios**

### **Perda de metade do capital – Análise do art. 35º do Código das Sociedades Comerciais**

Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios

por

**Ricardo Manuel Leal Rodrigues de Oliveira**

Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios

Sob a orientação do **Prof. Doutor Armando Triunfante**

Agradeço, em especial, à minha mãe, por todas as oportunidades que me possibilitou, ao meu pai, ao meu irmão e restante família pelo apoio incondicional, aos colegas e amigos que fiz na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, por todos os momentos vividos na vossa companhia e ao Prof. Doutor Armando Triunfante pela disponibilidade que sempre demonstrou.

## **Lista de abreviaturas e siglas**

A./AA. – Autor/Autores

ADHGB – Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch

AktG – Aktiengesetz

Art(s). – Artigo(s)

CCivil – Código Civil

CCom – Código Comercial Português

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei

HGB – Handelsgesetzbuch

LSC – Ley de Sociedades de Capital

SA – Sociedade(s) Anónima(s)

SC – Sociedade(s) em Comandita

SNC – Sociedade(s) em Nome Coletivo

SQ – Sociedade(s) por Quotas

## **1. Introdução**

A atividade de qualquer sociedade está indissociavelmente dependente da aplicação de capitais ou bens, os quais são cedidos pelos sócios ao património social, com vista a dotá-la de meios para a prossecução do seu objeto social. Assim sendo, o resultado desta atividade poderá, naturalmente, ser positivo e gerar lucros, os quais serão distribuídos aos sócios, verificados os condicionalismos legais para apurar o valor do lucro distribuível, ou, por outro lado, gerar perdas. Quando estas perdas atingirem um valor significativo do património social, haverá que apurar a sua origem e que medidas deverão os sócios tomar para que estas se verifiquem, uma vez que, como facilmente se compreende, não terão os sócios qualquer interesse na sua verificação, já que estas dificultarão a possibilidade de estes distribuírem lucros.

Esta verificação revestirá especial interesse nas sociedades onde, a grande maioria das vezes, a atividade social não é prosseguida diretamente pela comunidade dos sócios, mas por um órgão de administração que poderá ou não conter sócios. Neste sentido, a única forma que os sócios terão de exigir explicações sobre a prossecução do objeto social e o estado financeiro da sociedade será na Assembleia Geral.

Propomo-nos, nesta exposição, a estudar exhaustivamente o regime da perda de metade do capital, os seus fundamentos e concretizações e, nomeadamente, a analisar as opções legislativas tomadas nesta sede e que consequências poderão advir das opções tomadas.

## **2. Breve referência ao capital social e figuras afins e sua relação com o princípio da intangibilidade**

O capital social, nas palavras de E. ANTUNES<sup>1</sup>, “é a cifra pecuniária, estatutária e contabilística que representa a soma dos valores nominais ou dos valores de emissão das participações sociais, que não correspondem a entradas em serviços, emitidas por uma sociedade comercial”. Trata-se, portanto, de uma cifra numérica, expressa em moeda com curso legal em Portugal (de acordo com o disposto no art. 14º do CSC), deve ainda constar obrigatoriamente dos estatutos sociais (art. 9º n.º 1 al. f)) e do balanço da sociedade. Corresponde, portanto, o capital social ao somatório dos valores das participações sociais, apesar de haver quem entenda que este corresponde antes à soma dos valores das entradas dos sócios, situação que nem sempre se verifica, uma vez que pode não existir obrigatória coincidência entre o valor nominal e o valor de subscrição das participações em causa, o que levará, em muitos casos, a diferenças significativas entre o capital social propriamente dito e os valores das entradas dos sócios.

Situação diversa acontecerá no caso das SA que adotem as chamadas “ações sem valor nominal”, uma vez que nestas o valor do capital social será determinado pela soma dos valores de emissão dessas ações, valor este fixado pela sociedade emitente.

### **2.1. Capital social e Património Social**

O património social consiste no “conjunto de posições jurídicas ativas e passivas pecuniariamente avaliáveis de que uma sociedade comercial é titular em cada momento”<sup>2</sup>. Diz respeito, portanto, a um conjunto de bens, capitais e direitos/deveres concretamente identificados (ou identificáveis). É um valor sujeito a variações, decorrentes da atividade societária, sendo indispensável à subsistência da dita sociedade: não existem sociedades sem património, por muito reduzido que este possa ser.

Este valor explicitado supra não se confunde com o capital social, uma vez que este não corresponde diretamente a bens/direitos/deveres (como acontece no património social); é um valor tendencialmente estável, uma vez que as suas flutuações dependem

---

<sup>1</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, “Direito das Sociedades”, 2015, p. 351

<sup>2</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, op. cit., p. 353

de mecanismo de aumento e redução de capital sujeitos a procedimentos formais complicados, tornando-os excepcionais à vida social; é, ainda, um valor que pode ou não existir, uma vez que podem existir sociedades sem capital social – SNC que apenas possuem sócios de indústria – arts. 9º/1/f) e 48º do CSC.

Estes valores poderão coincidir em algum momento, mas é bastante improvável que isso aconteça, tanto na génese social, como durante a vida social. No nascimento social, esta situação pode não ocorrer, já que a lei portuguesa permite a constituição de sociedades comerciais sem que o capital seja integralmente e efetivamente realizado pelos sócios através das suas entradas – os estatutos sociais podem permitir o diferimento das entradas em certos circunstancialismos (arts. 26º, 202º e 277º CSC). Além deste caso, a lei permite ainda que as participações sejam postas à subscrição por valor superior ao seu valor nominal. Nesta situação, caso todos os sócios cumpram integralmente as suas entradas, poderão ser constituídas sociedades com um património social superior ao valor do capital social. Já no decurso da vida social, esta divergência de valores pode resultar de lucros ou perdas. No caso de lucros, esta coincidência de valores dificilmente se verificará, uma vez que parte desses lucros será obrigatoriamente destinada ao preenchimento de reservas obrigatórias por lei (art. 33º CSC). Já quanto às perdas, o conceito perda está associado intrinsecamente a uma diferença negativa entre o património social e o capital social (não se podendo considerar perda de capital, se fosse de outra forma).

## **2.2. Capital nominal e capital real**

A última divergência conceitual que nos cumpre frisar, para melhor compreender o conceito de capital usado nos textos legais que analisaremos posteriormente, prende-se com a distinção do capital nominal e do capital real. Esta distinção possui alcance meramente doutrinal e tem por função a compreensão da forma como é usado o conceito de capital social pelo legislador.

Poderemos, então, caracterizar o capital nominal, nas palavras de E. ANTUNES, como a cifra estatutária ou contabilística representativa do somatório do valor nominal das participações sociais. Esta é a forma como é usado o conceito capital como capital social *stricto sensu*, como aquela cifra abstrata e invariável. É este o valor que deve constar do contrato social (art. 9º) e que possui um valor mínimo obrigatório para



algumas sociedades (p. ex. art. 276º n.º 5 – 50.000€) e que está sujeito a aumentos e reduções por via dos mecanismos de aumento e redução de capital.

Quanto ao capital real, segundo o mesmo autor, este será aquela cifra de retenção designativa daquela massa de bens concretos que, no património social, se encontram contabilisticamente afetos à cobertura do valor estatutário do capital social. Ou seja, o capital real não é mais do que a designação dada pela doutrina àquela parcela ideal do ativo da sociedade que permanece intangível aos sócios, visto destinar-se a cobrir ou a garantir o valor previsto no seu passivo.

### **2.3. Capital social e princípio da intangibilidade**

Para a salvaguarda do capital social, na sua aceção real, a lei disponibiliza mecanismos de defesa nos arts. 32º e ss. do Código das Sociedades Comerciais. A estes mecanismos de conservação do capital, a doutrina associa-os a um princípio fundamental do Direito das Sociedades Comerciais – o princípio da intangibilidade. Segundo este princípio, “o capital deve permanecer intacto ou intangível de forma a assegurar que o valor do património líquido da sociedade [isto é, o capital real] jamais possa, em virtude de atribuições feitas aos sócios, descer abaixo do valor do respetivo capital social [nominal]”<sup>3</sup>. Incumbe-nos sublinhar, a este respeito, que esta obrigação não implica que a sociedade seja obrigada a manter permanentemente no seu património bens ou direitos que cumpram a 100% o valor do capital nominal, uma vez que como refere ENGRÁCIA ANTUNES “[...] a atividade económico-empresarial desenvolvida pelas sociedades comerciais é uma atividade de risco, podendo assim gerar lucros ou perdas, o que também quer dizer que, em caso de mau andamento dos negócios sociais, é bem possível que o património social exiba uma situação deficitária.”. Por este facto, o princípio da intangibilidade tem por finalidade proteger os credores de uma sociedade contra a atribuição de bens ou valores do património social aos sócios e não o controlo da atividade social por parte dos ditos credores. Entendido como um dos corolários deste princípio é o art. 35º do CSC, que tem por finalidade garantir que uma fração (pelo menos 50%) do capital social deve ser garantida por bens ou direitos do património social. Sobre esta disposição versará o estudo seguinte.

---

<sup>3</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, Direito das Sociedades, 5ª ed., 2015 pp. 371-372

### **3. A redação atual art. 35º do Código das Sociedades**

A presente redação do art. 35º do CSC dispõe o seguinte:

#### **Artigo 35º**

##### **Perda de metade do capital**

1 - Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica, devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.

2 - Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.

3 - Do aviso convocatório da assembleia geral constarão, pelo menos, os seguintes assuntos para deliberação pelos sócios:

- a) A dissolução da sociedade;
- b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do artigo 96.º;
- c) A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital.

Cumpre, antes de mais, começar por referir que nesta mesma disposição o conceito de capital social é usado em dois sentidos distintos. Quando se refere à “perda de metade do capital social” ou de “entradas para reforço do capital (social)” (n.º 1, 2 e 3 al. c) do art. 35º), usa-se aqui a expressão capital no sentido de capital real, isto é, da massa que bens que constam do património social que visam cobrir a cifra estatutária do capital social. Nunca poderíamos estar a falar do capital nominal, pois este, apesar de poder variar mediante aumentos e reduções, nunca se perde. Já quando na disposição se fala de “redução do capital social” (n.º 3 al. b)), o legislador refere-se ao capital nominal, isto é, àquela cifra abstrata e fixa que representa o somatório dos valores nominais das participações sociais. Este valor só pode sofrer alterações mediante mecanismos de aumento e redução de capital, como é o caso.

Esta disposição resulta da transposição da Diretiva Comunitária 77/91/CEE de 13 de Dezembro de 1976, vulgarmente chamada de 2º Diretiva Comunitária sobre

Sociedades, transposição esta realizada pelo DL n.º 262/86 de 2 de Setembro (Código das Sociedades Comerciais), sendo posteriormente alterada pelos DL n.º 162/2002 de 11 de Julho, DL n.º 19/2005 de 18 de Janeiro e pelo DL n.º 76-A/2006 de 29 de Março.

Cumpra agora analisar a sua evolução histórica desde a sua génese, as respetivas alterações de que foi alvo e todos os circunstancialismos que a tornaram hoje na disposição com o cariz que possui atualmente. Seguidamente, analisaremos o seu regime.

#### **4. Do Direito Comparado Europeu do séc. XIX/XX ao DL n.º 76-A/2006 de 29 de Março**

Tendo em consideração a manifesta importância a nível europeu do capital social, não seria de todo suficiente para a salvaguarda deste instituto do capital social unicamente recorrendo ao princípio da intangibilidade, já que este está unicamente incumbido de prevenir o esvaziamento do património social por via da distribuição de bens aos sócios. Visto que pode resultar este mesmo facto de prejuízos resultantes da exploração normal da atividade social, compete à lei regulamentar estas situações.

Em Portugal, já no *Código Veiga Beirão*<sup>4</sup> se previa, no âmbito da dissolução das sociedades anónimas, que “os credores duma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores”<sup>5</sup>. Da leitura desta disposição nota-se que a preocupação principal do legislador era a salvaguarda dos direitos dos credores sociais, não tomando como prioridade, nem os interesses dos sócios, nem o cumprimento dos deveres dos administradores. Será ainda mais marcante esta vontade do legislador se se atender ao previsto no n.º 5 da mesma disposição, onde se prevê que “as sociedades comerciais dissolvem-se pela diminuição do capital social em mais de

---

<sup>4</sup> Código Comercial Português aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888 e redigido pelo então Ministro da Justiça Francisco António da Veiga Beirão.

<sup>5</sup> Transcrição do §3 do art. 120º do Código Comercial, entretanto revogado pelo DL n.º 262/86 de 2 de Setembro, que veio aprovar o Código das Sociedades Comerciais.

dois terços, se os sócios não fizerem logo entradas que mantenham em, pelo menos, um terço o capital social”<sup>6</sup>.

A Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho das Comunidades Europeia, aprovada a 13 de Dezembro de 1976, tinha como objetivo uniformizar os direitos internos dos Estados-Membros quanto à constituição de sociedades anónimas e à conservação e modificação do seu capital social. A disposição relevante para o estudo que aqui se desenvolve é o art. 17º, que se imaginava introduzir um regime uniforme a nível europeu para aferir da “perda grave de capital social”<sup>7</sup>, expectativas estas que foram frustradas pelo conteúdo da disposição que resultou desta Diretiva. Nela dispõe-se:

#### **Artigo 17º**

1. No caso de perda grave do capital subscrito, deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-membros, para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida.
2. Para os efeitos previstos no n.º 1, a legislação de um Estado-membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave.

Resulta, portanto, da análise da disposição que, o Conselho preferiu definir um conteúdo mínimo para o regime da perda grave de capital social, tornando obrigatória a convocação de assembleia geral (doravante AG) com vista a informar os sócios da condição financeira da sociedade (n.º 1) e o valor da perda máxima que pode ser definida por cada legislação de cada Estado-Membro para se considerar existir um caso de perda grave de capital social (50%), isto é, nenhuma legislação pode definir um valor superior a metade do capital social para se considerar existir uma situação de perda grave. Já quanto às medidas que as sociedades devem adotar com o objetivo de recuperação do capital perdido, a norma é omissa, uma vez que não define quais as opções a tomar pela sociedade, deixando a cargo das legislações nacionais a sua previsão ou, mesmo que não haja previsão por parte destas, às próprias sociedades.

---

<sup>6</sup> Transcrição do n.º 5 do art. 120º do Código Comercial, entretanto revogado pelo DL n.º 262/86 de 2 de Setembro, que veio aprovar o Código das Sociedades Comerciais.

<sup>7</sup> É esta a expressão usada pela 2ª Diretiva de Sociedades para caracterizar o conceito de perda relevante de capital para o art. 17º. Utilizaremos esta expressão em todo este estudo para caracterizar essa mesma realidade.

No direito alemão, o surgimento de normativos quanto à perda de metade do capital remonta ao ADHGB de 1861, no qual foi definido um regime que se manteve nos posteriores diplomas que regularam esta situação – HGB de 1897, AktG de 1937 e o AktG de 1965, que foi alvo de bastantes alterações, mas ainda se mantém em vigor. Prevê o §92 (1) do AktG “Quando emerja do resultado do balanço anual ou de um balanço intercalar ou quando seja de admitir, perante uma ponderação cuidadosa, que existe uma perda correspondente a metade do capital social, deve de imediato a direção convocar a assembleia geral e comunicar-lho”. Ou seja, o principal foco do legislador alemão será garantir que os sócios são informados das perdas verificadas. Só no caso de não haver possibilidade de efetuar os pagamentos, é que surgem deveres de abertura de processo de insolvência – 92(2) – e de suspensão de desembolsos (92(3)). Revela a doutrina que esta obrigação de os administradores informarem os sócios, em assembleia geral, das perdas em causa, é a única obrigação que resulta da perda de metade do capital, não estando os sócios obrigados a tomar qualquer medida para repor o equilíbrio patrimonial da sociedade, nem resulta para estes ou para a sociedade qualquer consequência direta da inércia da assembleia perante estas perdas. O legislador alemão não entendeu adequado codificar as possíveis medidas a tomar pela assembleia, visto que, muitas vezes, não será necessário recorrer a qualquer medida. Em cada caso deverão os sócios determinar quais as medidas a tomar que entendam convenientes. Este regime não tem qualquer função de proteção de terceiros, pretende antes defender os próprios sócios e das consequências que da perda poderão advir, nomeadamente, a perda da sua entrada, funciona, portanto, como um “*Krisenwarnsignal*”<sup>8</sup>, isto é, como um aviso para uma possível situação de crise. Este regime é bastante similar ao previsto na Diretiva 77/91/CEE, salvo na parte em que se prevê que a finalidade da assembleia geral que tenha por ordem do dia a perda grave de capital, não é unicamente a informação aos sócios da situação financeira da sociedade, mas também a discussão e deliberação de medidas que visem a recuperação financeira da mesma.

No direito francês, o *Code de Commerce* francês que, em 2000 veio absorver o Código das Sociedades de 1966, dispõe, no art. 225 248/I “Se, em resultado de perdas constatadas pelos documentos contabilísticos, os capitais próprios da sociedade se tornarem inferiores a metade do capital social, o conselho de administração ou o

---

<sup>8</sup> MERTENS, vor § 92, in Kölner Kommentar, Band 2, 1996, Rdn. 10, p. 263;

diretório, conforme o caso, devem [...] convocar a assembleia geral extraordinária para decidir se há ou não lugar à dissolução antecipada da sociedade” e ainda “Se a dissolução não for decidida, a sociedade fica obrigada, até à conclusão do segundo exercício subsequente àquele no decurso do qual se verifica a constatação das perdas [...], a reduzir o seu capital num montante, pelo menos, igual ao das perdas [...]”. Ainda segundo a lei francesa, a convocação da assembleia deve acontecer até quatro meses a contar da constatação das perdas. Se a assembleia não tomar medidas de saneamento financeiro no espaço de dois anos, ou mesmo tomando-as, não consiga restabelecer o equilíbrio financeiro legalmente exigido, qualquer interessado poderá requerer, judicialmente, a dissolução da sociedade. Após este requerimento, poderá o Tribunal conceder até seis meses para que a assembleia geral possa regularizar a situação. De tudo o que foi referido supra, podemos concluir que o regime francês corresponde a um modelo claramente reativo – não admite a passividade ou indiferença dos sócios em relação às perdas verificadas. Dá-se principal relevância à proteção dos credores sociais, impondo-se à assembleia que tome medidas de saneamento financeiro, sob pena de a sociedade vir a ser dissolvida.

No direito italiano, o art. 2446º §1 do *Codice Civile* de 2003 prevê que “quando resulte que o capital diminuiu para além de um terço, em consequência de perdas, os administradores ou o conselho de gestão e, no caso de inércia deste, o conselho de vigilância devem, sem demora, convocar a assembleia para os procedimentos oportunos. À assembleia deve ser submetido um relatório sobre a situação patrimonial da sociedade, com as observações do colégio sindical [...]” e “se, no exercício subsequente, a perda não se mostrar diminuída para além do terço, a assembleia que aprova tal balanço deve reduzir o capital na proporção das perdas [...]”. Encontramos nesta disposição algumas diferenças em relação aos restantes regimes anteriormente analisados que convém denotar. Em primeiro lugar, ao contrário das restantes ordens jurídicas nacionais, o direito italiano preferiu optar por definir um valor bastante mais reduzido da perda significativa para se recorrer ao mecanismo da perda grave de capital – quando estiver perdido mais de um terço do capital social. Seguidamente, ela legitima o Conselho Fiscal a convocar ou requerer a convocação da assembleia geral na inércia do Conselho de Administração/Gerência, solução esta que não encontra paralelo nos restantes regimes analisados anteriormente. À semelhança do regime alemão, o legislador italiano preferiu não apresentar propostas de medidas a tomar pela

assembleia, limitando-se a referir que esta deverá tomar os *opportuni provvedimenti* – os procedimentos que a assembleia entender convenientes. Finalmente, prevê que, se no exercício seguinte, a sociedade não recuperar o saneamento financeiro – o património social terá de ser em valor superior a dois terços do capital social – a assembleia que aprovar esse balanço deverá aprovar uma redução de capital social na proporção das perdas verificadas.

Em Portugal, a primeira redação do art. 35º resulta da 1ª redação do CSC aprovada pelo DL n.º 262/86 de 2 de Setembro que dispunha:

#### **Artigo 35.º**

##### **(Perda de metade do capital)**

- 1 - Os membros da administração que, pelas contas de exercício, verifiquem estar perdida metade do capital social devem propor aos sócios que a sociedade seja dissolvida ou o capital aí seja reduzido, a não ser que os sócios se comprometam a efetuar e efetuem, nos 60 dias seguintes à deliberação que da proposta resultar, entradas que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital.
- 2 - A proposta deve ser apresentada na própria assembleia que apreciar as contas ou em assembleia convocada para os 60 dias seguintes aquela ou à aprovação judicial, nos casos previstos pelo artigo 67.º
- 3 - Não tendo os membros da administração cumprido o disposto nos números anteriores ou não tendo sido tomadas as deliberações ali previstas, pode qualquer sócio ou credor requerer ao tribunal, enquanto aquela situação se mantiver, a dissolução da sociedade, sem prejuízo de os sócios poderem efetuar as entradas das referidas no n.º 1 até ao trânsito em julgado da sentença

Como se pode depreender da simples leitura do disposto supra, o legislador decidiu consagrar uma solução muito próxima da prevista no regime francês, uma vez que além de impor ao administradores, logo que verifiquem a perda grave de capital – que segundo a disposição será no momento da elaboração das contas de exercício – propor aos sócios, no prazo de 60 dias a contar da AG de aprovação de contas de exercício, soluções que visem remediar a situação de perda (dissolução, redução de capital ou entradas para reforço do capital em, pelo menos dois terços deste), sob pena de qualquer sócio ou credor poder exigir judicialmente a dissolução. O mais curioso em relação a esta disposição prende-se com o facto de, apesar de ela constar do diploma, nos termos do art. 2º n.º 2 do DL n.º 282/86, “A data da entrada em vigor [do artigo 35º] será fixada em diploma legal”, isto é, apesar de a norma constar do referido Código e de resultar da transposição de uma Diretiva Comunitária, a sua entrada em vigor foi suspensa por tempo indeterminado pelo diploma. A ratio deste diferimento temporal

prende-se com “a difícil situação económico-financeira de boa parte das sociedades de então - que não cumpririam os requisitos postos por aquele art. 35º - diferiu a entrada em vigor do disposto naquele normativo para momento ulterior, ficando suspensa sine die a sua vigência”<sup>9</sup>. Apesar de o art. 35º não entrar em vigor, o Código possuía uma disposição com ratio semelhante: o art. 544º, que funcionaria como disposição transitória até à entrada em vigor do art. 35º, segundo o qual:

#### **Artigo 544º**

##### **(Perda de metade do capital)**

Enquanto não entrar em vigor o artigo 35.º desta lei, os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido, mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores.

A norma em causa é a cópia exata do §3 do Código Veiga Beirão com uma importante diferença. A disposição refere, como já anteriormente o fazia, só se aplicar às SA. E previa-o dessa forma, uma vez que, por força do art. 42º da LSQ<sup>10</sup>, seria também aplicável às SQ por remissão do próprio diploma que as regulava. Com a entrada em vigor do CSC, nos termos do art. 3º do DL n.º 262/86, é revogada a LSQ, tornando este instituto previsto no art. 544º do CSC inaplicável às SQ, que, por isso, carecem de regime quanto à perda grave de capital até à entrada em vigor do art. 35º.

Este “regime” (e a ausência dele, em certa medida) manteve-se até ao ano de 2001 em que é publicado o DL n.º 237/01 de 23 de Agosto que prevê, no seu art. 4º, o seguinte:

#### **“Artigo 4.º**

##### **Entrada em vigor do artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais**

O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais entra em vigor na data de entrada em vigor do presente diploma.”

Passados 15 anos da entrada em vigor no CSC, finalmente é definida a entrada em vigor do art. 35º, o que virá a acontecer quando ocorresse a 1ª aprovação de contas de exercício por parte da cada sociedade do ano de 2001, o que, tendo em linha de conta

---

<sup>9</sup> TARSO DOMINGUES, “Comentário ao art. 35º” in “CSC em comentário”, 2011, p. 518

<sup>10</sup> Lei das Sociedades Por Quotas – Lei de 11 de Abril de 1901



o previsto no art. 65º n.º 5 reconduziria a finais de Março de 2002. Ainda mais surpreendente foi o facto de o Decreto que fixa a sua entrada em vigor se destinar a “reduzir o número de atos sujeitos a escritura pública, bem como desburocratizar o sistema de notariado, mediante a simplificação e redução do número de atos que carecem de certificação”<sup>11</sup>, o que nada faria prever o disposto no seu art. 4º.

Como já seria expectável, aquando da entrada em vigor de uma disposição tão controversa (à data) como a do art.º 35º do CSC, houve relevantes protestos contra a aplicação da norma, “nomeadamente por parte das associações patronais [...], invocando-se sobretudo que aquela decisão não fora devidamente ponderada [...] e não tivera em conta a situação de crise económica vivida no país”<sup>12</sup>. Indo de encontro ao invocado por estas entidades, o legislador veio alterar o art. 35º, na sua redação, através do DL 162/2002 de 11 de Julho, conferindo-lhe a seguinte configuração:

#### **Artigo 35.º**

##### **Perda de metade do capital**

1 - Os membros da administração que, pelas contas do exercício, verifiquem estar perdida metade do capital social devem mencionar expressamente tal facto no relatório de gestão e propor aos sócios uma ou mais das seguintes medidas:

- a) A dissolução da sociedade;
- b) A redução do capital social;
- c) A realização de entradas em dinheiro que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital social;
- d) A adoção de medidas concretas tendentes a manter pelo menos em dois terços a cobertura do capital social.

2 - Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio constante do balanço do exercício for inferior a metade do capital social.

3 - Os membros da administração devem apresentar a proposta prevista no n.º 1 na assembleia geral que apreciar as contas do exercício, ou em assembleia convocada para os 90 dias seguintes à data do início da assembleia, ou à aprovação judicial, nos casos previstos no artigo 67.º

4 - Mantendo-se a situação de perda de metade do capital social no final do exercício seguinte àquele a que se refere o n.º 1, considera-se a sociedade imediatamente dissolvida, desde a aprovação das contas daquele exercício, assumindo os administradores, a partir desse momento, as competências de liquidatários, nos termos do artigo 151.º

---

<sup>11</sup> Preâmbulo do DL 237/2001 de 23 de Agosto

<sup>12</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 519

O diploma tinha como finalidade principal “proceder à agilização do processo de recuperação de empresas e falências”, o que, segundo o texto legal, impunha uma revisão, nomeadamente, ao art. 35º do CSC o que se veio a converter numa alteração da sua redação. Mas a sua finalidade real era, como consta do último parágrafo preambular “a concessão de um período inicial de adaptação a um novo regime e a consagração de um mecanismo eficiente através da cominação da dissolução automática ao fim de dois exercícios consecutivos sem que tenha sido regularizada a situação da empresa. Nestes termos, a dissolução imediata prevista no n.º4 do artigo 35.º só ocorrerá a partir do momento da aprovação das contas do exercício de 2004, ou seja, em 2005”, i. é, além de diferir a consequência de dissolução automática da sociedade em perda grave para 2005, vem criar um período de adaptação ao regime do art. 35º fazendo, desta forma, face aos argumentos de falta de ponderação que surgiram após a opção legislativa de 2001. Outro corolário do surgimento deste diploma é a revogação do art. 544º do CSC por se tratar de uma disposição transitória e a aplicação do novo regime às SQ que desde 2001 se encontravam sem regime legal para a perda grave.

Apesar desta “benesse legislativa”, o “novo” art. 35º transfigurou-se completamente, vindo agora prever um regime extremamente gravoso para qualquer sociedade em perda grave de capital, uma vez que consagra um sistema de reação obrigatória à perda grave capital e, pior ainda, uma consequência até àquele inimaginável: a dissolução automática da sociedade, i. é, na aprovação das contas do exercício seguinte ao qual se verificou a perda grave, se essa situação de perda se mantivesse até ao fim desse exercício, a sociedade seria dissolvida por mero efeito legal. Esta solução legislativa era manifestamente exagerada, especialmente, como refere TARSO DOMINGUES “[...] até porque a dissolução [...] podia ser uma solução não desejada, quer pelos sócios, quer pelos credores”<sup>13</sup>. Obviamente que esta dissolução por via legal poderia vir a ser ultrapassada pela sociedade, uma vez que, nos termos do art. 161º do CSC, os sócios poderiam deliberar o regresso à atividade da sociedade em fase de liquidação, desde que preenchidos estejam os requisitos legais da norma em causa, mas, ainda assim, era seguramente mais acertada a previsão anterior do art. 35º, na sua redação original, em que qualquer sócio ou credor interessado poderia requerer a dissolução judicial da sociedade em perda grave, ainda que esta pudesse ser sempre evitada, até ao trânsito em julgado da sentença, desde que os sócios repusessem o

---

<sup>13</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 520

cobertura do capital social em, pelo menos, dois terços (art. 35º n.º 3 na sua redação original).

#### **4.1. A alteração introduzida pelo DL 19/2005 e o regime atual do art. 35º**

A 18 de Janeiro de 2005, é publicado em Diário da República o DL 19/2005 que, no seu preâmbulo dispõe: “Menos de um ano volvido [da publicação do DL n.º 237/01], a redação do artigo viria a ser alterada pelo DL n.º 162/2002, de 11 de Julho. De entre as modificações introduzidas destaca-se a cominação, sem paralelo no espectro jus-societário europeu, da dissolução automática da sociedade para os casos em que o capital próprio se mantenha a um nível igual ou inferior a metade do capital social durante dois exercícios consecutivos, embora essa consequência apenas produza efeitos a partir de 2005, por força do período de adaptação então concedido. O presente diploma decorre de uma reponderação da questão a uma luz que se considera mais correta e realista, instituindo um regime mais conforme com a letra e o espírito da 2ª Diretiva, sobre Direito das Sociedades”.

Esta *mea culpa* do legislador vem num momento extremamente oportuno, já que o efeito legal previsto no n.º 4 do art. 35º, na redação que lhe foi conferida pelo DL 162/2002, pairava sobre grande parte do tecido empresarial nacional, efeito esse que se viria a produzir, na generalidade, em Março de 2005, conforme previsto no art. 65º n.º 5 do CSC. Resulta ainda deste diploma uma nova alteração profunda do art. 35º, passando a disposição a verter o seguinte:

##### **Artigo 35.º**

##### **(Perda de metade do capital)**

- 1 - Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica, devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores ou diretores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.
- 2 - Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.
- 3 - Do aviso convocatório da assembleia geral constarão, pelo menos, os seguintes assuntos para deliberação pelos sócios;
  - a) A dissolução da sociedade;

- b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do artigo 96.º;
- c) A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital.

Como corolário principal da redação conferida à disposição em causa pelo DL 19/2005 poderemos apontar o afastamento por parte do legislador da constituição de uma obrigação de reatividade obrigatória por parte dos sócios à situação de perda grave de capital, i. é, verificada uma situação de perda grave de capital, os sócios deverão deliberar medidas de saneamento financeiro da sociedade e aplica-las, caso assim entendam, sem constituir para estes um ónus de dissolução da sociedade, como previsto na redação resultante do DL n.º 162/2002.

A redação do art. 35º vem ainda a ser alterada pelo DL n.º 76-A/2006, sem, contudo, introduzir qualquer alteração de regime, simplesmente alterando a expressão “os administradores ou diretores” para “os administradores”, por adesão legislativa ao modelo clássico ao invés de, como acontecia em 2005, conceder aos sócios a possibilidade de optar pelo modelo clássico ou pelo modelo dualista nas SA.

Chegados à versão atual do art. 35º do CSC, cumpre agora proceder à sua análise aprofundada, tanto quanto à sua previsão, como quanto à sua estatuição.

## **5. O regime do art. 35º na redação atual (resultante do DL 76-A/2006)**

### **5.1. A ratio legis**

O objetivo da Segunda Diretiva sobre sociedades, nomeadamente o de garantir a “equivalência mínima da proteção dos acionistas e dos credores destas sociedades, é necessário, sobretudo, coordenar as legislações nacionais respeitantes à sua constituição, bem como à conservação, ao aumento e à redução do seu capital” não poderia ser atingido, principalmente na parte em que visa garantir a conservação do capital, unicamente por recurso ao princípio da intangibilidade, plasmado nos arts. 31º a 34º do CSC, uma vez que a perda do capital social pode ter como causa a exploração normal da atividade empresarial. Uma vez que o princípio da intangibilidade não dá cobertura a

estas realidades, a grande maioria dos Estados-Membros da EU viram-se forçados a prever uma solução para estas realidades, surgindo a regulação da perda de capital sem causa justificativa. Posteriormente, a, à data, CEE, por uma razão de uniformização jurídica, veio prever um conteúdo mínimo, o qual se encontra previsto no art. 17º da Segunda Diretiva de sociedades (Diretiva 77/91/CEE), com o qual se tenta impedir que se esfume o património social totalmente, eliminando desta forma a única garantia que poderá existir para os credores de satisfazerem os seus direitos.

## **5.2. Âmbito subjetivo**

O art. 35º do CSC é, antes de mais, aplicável a todos os tipos sociais previsto por lei, cfr. art. 9º n.º 1 b) e títulos II (arts. 175º e ss.), III (arts. 197º e ss.), IV (arts. 271º e ss.) e V (465º e ss.) do CSC, uma vez que, estando contemplado na Parte Geral do CSC, de outra forma não se poderia entender. Uma vez que a Diretiva só previa a aplicação deste regime para as SA, cumpre analisar a bondade da decisão do legislador quanto aos restantes tipos sociais e os efeitos que daí poderão advir.

Quanto à aplicação deste regime às SQ, mesmo antes do surgimento da Diretiva 77/91/CEE, já o Código Veiga Beirão, em conjugação com o art. 42º da LSQ, se previa uma solução para a perda de metade do capital, no §3 do art. 120º, portanto não nos estranha que o legislador ao converter o antigo §3 do art. 120º do CCom no art. 35º do CSC, pretendesse que este fosse também aplicável a estas sociedades. Pode justificar-se ainda a aplicabilidade deste regime a este tipo societário por uma razão pragmática; tendo em conta que as razões justificativas da existência de um instituto com as características da perda grave de capital aplicável às SA colhem por completo a qualquer sociedade de responsabilidade limitada, uma vez que a posição de qualquer credor é em tudo semelhante em qualquer das situações.

Quanto à aplicação às SNC, cumpre analisar duas perspetivas. Do ponto de vista dos credores, a sujeição das SNC ao previsto no art. 35º CSC, não terá grande utilidade, uma vez que, como previsto no art. 175º n.º 1, os sócios respondem ilimitadamente pelas dívidas sociais. Assim sendo, o património social para estes não tem o mesmo carácter garantístico que terá para um credor de uma sociedade de responsabilidade limitada, uma vez que neste caso, o sócio responderá com o seu próprio património pelas dívidas sociais, na insuficiência do património social e o mesmo não acontecerá

nas SQ e SA. Já do ponto de vista dos sócios, poderá ter grande interesse para estes que o art. 35º seja aplicável à sociedade, uma vez que a existência de património social é fundamental para o desenvolvimento das atividades da sociedade, tendo o sócio, por força do art. 35º, conhecimento se a situação económica da sociedade se deteriorar.

Concordamos com TARSO DOMINGUES<sup>14</sup>, na medida em que consideramos correto e, até, proveitoso que o legislador tenha pretendido, pelo supra referido, regular o instituto da perda grave de capital de igual forma para todos os tipos sociais.

### **5.3. A previsão legal do art. 35º**

Nos termos do n.º 1 do art. 35º “Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica...”, i. é, para que as obrigações decorrentes desta disposição sejam exigíveis, o primeiro requisito a observar será o de a sociedade em causa “perder metade do seu capital”, ou seja, nos termos do n.º 2, “quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social”. Ou seja, e ao contrário do que dispõe a grande maioria da doutrina portuguesa, o limite máximo da perda que justifica o mecanismo previsto no art. 35º não é o limite máximo previsto pela diretiva (50%), mas sim um valor muito próximo a esse (49,9(9)%, isto é, €0,01 acima de 50% do valor do capital social), uma vez que a própria disposição também impede que a perda seja de valor igual a 50% do capital social.

Como segundo requisito, a perda deverá ter que ser constatada pelo órgão de administração; não terá, por isso, relevância fundamental para a aplicação deste instituto se a existência de uma situação de perda for verificada por terceiro, decorrendo somente deste facto a obrigação para os gerentes/administradores de “tomar em consideração se a situação de perda grave que lhes seja comunicada ou anunciada por terceiros tem algum fundamento e se haverá, por isso, fundadas razões para admitir que tal situação se possa verificar”.<sup>15</sup>

Como último requisito, tendo em conta a morfologia atual do n.º 1 do art. 35º, o momento de verificação de uma situação de perda relevante já não coincide

---

<sup>14</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 522

<sup>15</sup> TARSO DOMINGUES, *ibidem*, p. 522

obrigatoriamente com a aprovação das contas de exercício, mas antes como dispõe a norma em causa “havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica”, i. é, poderá coincidir com a aprovação das contas de exercício, com contas intercalares ou qualquer outro momento. Acompanhamos TARSO RODRIGUES, quando o Autor considera que “a utilização de conceitos vagos origina sempre dificuldades interpretativas [...] o regime da perda grave do capital social deveria ficar reservado exclusivamente – uma vez que só aí se justifica e é justificável – para os casos em que esteja em causa uma situação de desequilíbrio patrimonial com carácter estrutural, e já não quando se trate de perdas meramente fortuitas ou ocasionais”<sup>16</sup>.

#### **5.4. Os efeitos jurídicos previsto no art. 35º CSC**

##### **5.4.1. Efeitos em relação aos gerentes ou administradores**

Sempre que os gerentes ou administradores de uma sociedade constatem que a dita se encontra em perda de capital na aceção do n.º 2 do art. 35º ou esteja seja previsível ou iminente, nos termos do n.º 1, estão os gerentes obrigados a “convocar de imediato a Assembleia Geral” e os administradores a “requerer prontamente a convocação da mesma”. Como efeito direto da disposição, é este o único efeito propriamente dito que resulta da redação do art. 35º. A Assembleia Geral tem como objetivo dar conhecimento aos sócios da situação de perda verificada, previsível ou iminente. A nova redação retirou, portanto, o ónus que impendia sobre os gerentes e administradores de apresentar propostas que visassem o restabelecimento financeiro da sociedade. Apesar de assim se dispor, entendemos, como PAULO VASCONCELOS<sup>17</sup>, que apesar de a disposição em causa não o referir expressamente, estes, por se encontrarem em posição privilegiada para aferir de quais as medidas que mais eficazmente poderão restabelecer o equilíbrio financeiro social, deverão, por esse mesmo facto, estar também obrigados a apresentar aos sócios essas mesmas soluções. A falta de cumprimento pelos administradores destas obrigações, além de constituírem fundamento para responsabilidade civil perante a sociedade (art. 72º CSC), perante os credores sociais (78º CSC) e perante os sócios e terceiros (art. 79º CSC), ainda constituem crime

---

<sup>16</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 523

<sup>17</sup> PAULO VASCONCELOS, “A perda grave do capital”, Revista de Ciências Jurídicas Empresariais, ISCAP, Porto, n.º 10, 2007, p. 20 e ss.

público, nos termos do art. 523º do CSC, punível com pena de prisão até 3 meses e multa até 90 dias.

#### **5.4.2. Efeitos em relação aos membros do órgão de fiscalização**

Sempre que os membros do órgão de fiscalização tiverem conhecimento de que a sociedade se encontra numa situação de perda grave de capital ou houver razões para inferir que esta é previsível ou iminente, devem, por força do disposto nos arts. 262º-A e 420º-A do CSC, reportar esse facto aos gerentes ou administradores da sociedade. Caso esta obrigação não seja cumprida, poderão estes vir a ser responsabilizados civilmente, nos termos dos arts. 81º (no caso de existir um órgão de fiscalização), 82º (para o caso de fiscal único) e 420º-A n.º 5, o mesmo se aplicando às SQ, por imposição do disposto no art. 262-A n.º 4<sup>18</sup>. Sempre que o órgão de administração não cumpra com as obrigações que lhe são impostas e o órgão de fiscalização disso tenha conhecimento, deverão os membros deste órgão apresentar denúncia ao Ministério Público para que este instaure processo-crime contra aqueles.

#### **5.4.3. O efeito externo (publicidade) da situação de perda grave**

Encontrando-se uma sociedade em perda grave do capital social e não adotando os sócios qualquer medida que imediatamente a resolva, daí decorrerá, nos termos do art. 171º n.º 2, a obrigação de a sociedade dar publicidade desse facto, dando disso conhecimento a terceiros. A isto alude o preceituado no art. 171º n.º 2, redação que lhe foi conferida pelo DL 19/2005 de 18 de Janeiro, que impõe às sociedades de capitais (SA, SQ e SC por ações) a menção, em todos os atos externos, do montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que ele for igual ou inferior a metade do capital social. Antes de analisar com cuidado o regime do art. 171º, cumpre referir que, nos termos do disposto na norma em causa, esta obrigação decorrente da situação de perda grave só se aplicará em relação às sociedades de capitais, uma vez

---

<sup>18</sup> Sendo o membro do órgão de fiscalização um revisor oficial de contas, poderá ainda ficar sujeito a uma sanção disciplinar nos termos do respetivo Estatuto.



que, em princípio, só nestas o património social será a única garantia dos credores para satisfazerem os seus créditos e, por isso, compreende-se que só se entenda aplicável às ditas sociedades. Em sentido contrário<sup>19</sup>, defende-se que o credor das restantes sociedades poderá ter interesse no conhecimento deste facto, mesmo que em menor medida, argumento que, em nossa opinião, não colhe, já que em qualquer outra realidade societária, i. é, nas sociedades de pessoas, haverá sempre lugar a responsabilidade ilimitada por parte dos sócios e de parte deles – sócios comanditados nas SC. Assim sendo, o património social, neste caso, não se pode entender como a “única” garantia patrimonial dos credores, razão pela qual não entendemos que este regime se deva aplicar às sociedades de responsabilidade ilimitada.

A inclusão desta disposição no CSC em 2005 é criticada por alguns autores<sup>20</sup>, uma vez que estes entendem que sendo o regime do art. 35º um decalque quase completo do previsto no ordenamento jurídico alemão, esta obrigação não ter simetria no dito regime inspirador e, por outro lado, que esta obrigação só irá dificultar a reabilitação da sociedade<sup>21</sup>. Colhem, no nosso entendimento, integralmente as conclusões retiradas pelos referidos autores no dano que poderá produzir em relação à sociedade esta obrigação. Qualquer ato externo de uma sociedade que possua esta menção rotulará a sociedade em causa como “*moribunda*”, exigindo-se atenção especial para os contratos que virá a realizar (muitas vezes como forma de saneamento financeiro da sociedade), que poderão estar destinados ao insucesso por uma menção que pode muitas vezes não corresponder à realidade fáctica, já que, como vimos anteriormente, a perda de capital pode ter origens múltiplas e pode até não implicar uma perda de carácter estrutural.

Esta obrigação não é automática aquando da verificação da situação de perda grave, ao contrário do que seria possível imaginar, tendo em conta a previsão do art. 35º na parte inicial da sua redação. Segundo a própria disposição, a situação de perda só terá de ser mencionada nos atos externos quando seja confirmada por balanço aprovado. Ou seja, caso se verifique a situação de perda grave de capital fora das situações de

---

<sup>19</sup> SOVERAL MARTINS “Comentário ao art. 171º” in “CSC em comentário”, 2011, p. 734.

<sup>20</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 525; MENEZES CORDEIRO “A perda de metade do capital social e a reforma de 2005: Um repto ao legislador” in ROA, ano 65, vol. I., 2005 p. 85. Em sentido contrário, ALEXANDRE MOTA PINTO “O Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na Versão mais Recente”, in Temas Societários, Coimbra, Almedina, 2006, p. 150

<sup>21</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 525. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 85

aprovação de contas, a sociedade só será obrigada a mencionar a situação de perda quando esta situação esteja comprovada pelos sócios em aprovação de contas.

O incumprimento da menção obrigatória nos atos externos supra referida terá dois tipos de efeitos. Em primeiro lugar, acarretará para a sociedade uma coima entre €250 e €1500, nos termos do art. 523º n.º 2, visto o legislador entender que esta violação se reporta a uma *mera* contraordenação. Finalmente, os credores visados por esta omissão poderão, caso se preencham os pressupostos de aplicação do art. 78º, responsabilizar civilmente os administradores da sociedade, desde que aleguem e demonstrem que, se tivessem conhecimento dessa situação, não concederiam crédito à sociedade. Compreende-se esta construção regimental, uma vez que o desconhecimento por parte dos credores da situação de perda podem afetar diretamente a livre declaração negocial prestada aquando da celebração do contrato ou da cedência de crédito, situação que, não podendo o credor reagir de outra forma (por estar caducado o direito à anulabilidade do próprio contrato), será uma das únicas formas pelas quais poderá reagir<sup>22</sup> e, por outro lado, é inegável que esta disposição tem como objetivo a proteção de credores sociais.

Por tudo o acima referido se compreende que, apesar de a mesma obrigação existir no ordenamento italiano<sup>23</sup>, o autor italiano Fenghi<sup>24</sup> vem revelar que esta obrigação não é habitualmente cumprida e será certamente este destino reservado ao art. 171º n.º 2. Como bem releva Menezes Cordeiro<sup>25</sup>, “o facto de este preceito se destinar a *letra morta* não é consolo”, uma vez que uma sociedade em situação de perda grave de capital, tendo em conta o disposto presente nos art. 171º n.º 2 e 523º n.º 2, vai fazer uma ponderação entre os ganhos possíveis de o ato externo não conter as menções obrigatórias e as perdas resultantes desse incumprimento (a referida coima entre €250 e €1500) e optar por a violar sempre que os ganhos sejam superiores às perdas. Assim sendo, esta norma tem o efeito contrário ao que pretende obter, sendo entendida mais depressa como um convite ao não cumprimento do que uma norma impositiva de ordenação social.

---

<sup>22</sup> Cumpre referir que, apesar de ser uma solução viável, a responsabilidade de gerentes ou administradores pelos credores sociais previstas no art. 78º é de muito difícil aplicação, uma vez que possui requisitos, em relação aos quais, a prova de determinados factos é muitas vezes complicada.

<sup>23</sup> Cf. art. 2250, II do *Codice Civile* italiano.

<sup>24</sup> FRANCESCO FENGHI, “La riduzione del capitale sociale”, Giuffrè, Milano, 1974, p.36, nt. 17.

<sup>25</sup> MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 85

## 6. As propostas do art. 35º

O art. 35º n.º 3 enuncia uma lista de assuntos que devem constar obrigatoriamente do aviso convocatório da Assembleia Geral, i. é, medidas concretas de resolução da situação de perda grave de capital. Antes de mais, cumpre referir que estas medidas previstas no art. 35º não são obrigatórias nem alternativas, são meras propostas legais que devem ser discutidas obrigatoriamente pelos sócios na Assembleia Geral, na qual se podem propor outras medidas ou nenhuma das outras, assim como aprovar alguma destas medidas ou outras, ou mesmo nada se aprovar, por se entender que o restabelecimento financeiro não depende da aplicação de qualquer medida<sup>26</sup> - a decisão cabe inteiramente aos sócios. A adoção de qualquer medida que tenha como objetivo imediato devolver o saneamento financeiro (colocar o património social em valor superior à metade do capital social) à sociedade terá como efeito o levantamento da obrigação prevista no art. 171º n.º 2.

ALEXANDRE MOTA PINTO<sup>27</sup> refere que, apesar de a lei não o dizer expressamente, deve constar ainda do aviso convocatório a situação de perda grave do capital em que se encontra a sociedade. TARSO DOMINGUES<sup>28</sup> critica avidamente esta opinião, uma vez que “desde logo, esta solução não consta do texto legal, onde expressamente se consagrou o conteúdo mínimo do aviso convocatório; mas sobretudo, porque tal solução, levando, é certo, ao conhecimento dos sócios a situação patrimonial da empresa, torná-la-ia também pública e conhecida de terceiros e credores, com os graves inconvenientes daí decorrentes para a sociedade, nomeadamente quanto à obtenção de crédito. Acresce que o conteúdo obrigatório da convocatória – onde, para além do mais, deve constar a hipótese de dissolução da sociedade! – será suficiente para alertar e avisar os sócios (é essa a ratio que o Autor referido invoca para justificar a sua posição) para a situação da sociedade”, posição que indubitavelmente teremos que aceitar, visto que, de outra forma, a previsão do art. 171º n.º 2 não faria sentido.

São 3 as propostas constantes no art. 35º n.º 3:

- a) A dissolução da sociedade;
- b) A redução do capital social;

---

<sup>26</sup> Neste sentido, TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 526; MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 85; ALEXANDRE MOTA PINTO, op. cit., p. 133

<sup>27</sup> ALEXANDRE MOTA PINTO, op. cit., p. 132

<sup>28</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 527, nt. 59

- c) A realização pelos sócios de contribuições patrimoniais para reforço da cobertura do capital, vulgarmente denominada como reforço da cobertura do capital.

Passemos a analisar cada uma destas soluções e as suas consequências, quer para os sócios, quer para a sociedade.

## **6.1. A dissolução da sociedade**

Apesar de tratarmos aqui da primeira solução legal, em termos de enumeração proposta pelo n.º 3 do art. 35º, esta medida revestirá a última solução a ser tomada em linha de conta, quer por credores, quer pelos próprios sócios. Analisando pelo prisma social, os sócios, certamente, terão como expectativa que a situação financeira se inverta, uma vez que só assim terão direito ao lucro subjacente à atividade social. O mesmo pensarão os credores da dita sociedade, uma vez que, nomeadamente nas sociedades de capitais, o património social será a principal (ou mesmo a única) garantia dos seus créditos. Uma vez dissolvida a sociedade, os sócios perderão, a grande maioria das vezes, as suas entradas e os credores, numa sociedade em perda grave de capital, certamente não irão satisfazer a totalidade dos seus créditos aquando da liquidação da mesma.

Poderíamos ser conduzidos, pelo regime do art. 35º, a presumir que esta dissolução terá de revestir um dos casos de dissolução facultativa da sociedade, como previsto no art. 142º do CSC<sup>29</sup>. Se assim se concluísse, a dissolução poderia ser deliberada por maioria absoluta dos votos expressos na assembleia e poderia ser individualmente requerida por qualquer sócio ou credor social<sup>30</sup>. A esta solução não podemos aderir, uma vez que o próprio legislador quis retirar o direito de requerer a dissolução da esfera jurídica do sócio – o que é inegável, atendendo à evolução legislativa sofrida pelo art. 35º - e o facto de a deliberação de dissolução estar sujeita a um regime completamente contrário ao regime geral das deliberações previsto no CSC –

---

<sup>29</sup> Neste sentido, TARSO DOMINGUES, op. cit., p.527-528, nt. 60

<sup>30</sup> Por força da conjugação dos arts. 144º CSC e 4º n.º1 do RJPADL

art. 250º n.º 3 e art. 386º n.º 1, regime aplicável às SQ e às SA, respetivamente – e acompanhamos TARSO DOMINGUES na previsão de que este regime geral deverá ser também aplicável nas situações previstas no art. 142º, uma vez que, segundo o referido autor “a diferente redação ficará certamente a dever-se a um lapso na uniformização do texto legal definitivo”<sup>31</sup>. Assim sendo, entender-se-á que esta dissolução se enquadrará no previsto no art. 141º n.º 1 al. b)<sup>32</sup>, submetida, então, a deliberação ao regime geral de aprovação de deliberações sociais aplicável a cada tipo social: nas SNC, a deliberação terá de ser tomada por unanimidade dos sócios, segundo o previsto no art. 194º do CSC; nas SQ, a deliberação deverá ser aprovada por 75% dos votos correspondentes ao capital social, nos termos do art. 270º do CSC; nas SA, a deliberação deverá ser aprovada por dois terços dos votos emitidos na assembleia, não se contando abstenções, quer em primeira convocação, quer em segunda convocação, salvo se, em segunda convocação estejam presentes ou representados sócios detentores de, pelo menos, metade do capital social, podendo, neste caso, a deliberação ser aprovada pela maioria dos votos emitidos (nos termos dos arts. 383º n.º 2 e 386º n.ºs 3 e 4, todos do CSC).

## 6.2. A redução do capital social

Esta solução resulta diretamente da alínea b) do n.º 3 do art. 35º. A redução do capital social é, indubitavelmente, um meio de idóneo de adequação entre o capital social nominal e o capital social real e pode ter vários fundamentos, nomeadamente, a libertação de meios, por excesso de capital (real) – situação a qual é denominada de redução do capital exuberante – ou a cobertura de prejuízos verificados, sendo neste sentido que alude o art. 35º, no seu n.º 3.

Independentemente da finalidade pretendida através da redução do capital, trata-se sempre de uma alteração do pacto social, nos termos do art. 9º n.º 1 al. f), cabendo, portanto, aos sócios<sup>33</sup> deliberar sobre esta, deliberação que terá de ser aprovada, por maioria qualificada, atendendo ao disposto para cada tipo social.

---

<sup>31</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 528, nt. 61

<sup>32</sup> Neste sentido, já dispunha RAÚL VENTURA sobre a redação inicial da norma; cf. RAÚL VENTURA “Dissolução e liquidação de sociedades”, Almedina, Coimbra, 1987, p. 140

<sup>33</sup> E em princípio só a estes, uma vez que não se trata de nenhum dos casos excecionais previstas no art. 85º do CSC *in fine*, sendo estas antes as previstas nos arts. 12º n.º 2 – alteração de sede dentro do território nacional – e 456º n.º 1 – o aumento de capital nas SA.

Discute-se ainda, nesta sede, da existência ou inexistência de um “dever de lealdade” dos sócios, segundo o qual se “impõe a cada sócio que não atue de modo incompatível com o interesse social (interesse comum a todos os sócios enquanto tais) ou com o interesse de outros sócios relacionados com a sociedade”<sup>34</sup> e a sua aplicabilidade aos sócios que votarem em sentido negativo na deliberação de redução de capital, impedindo dessa forma a aprovação da dita deliberação. ALEXANDRE MOTA PINTO<sup>35</sup> além de defender a imposição deste dever, vai mais longe, ao ponto de considerar que, tratando-se de um acionista minoritário e, revestindo este minoria de bloqueio<sup>36</sup>, para o Autor, tratar-se-á de uma “atitude lesiva do interesse social, qualificável como um abuso de minoria e sujeita às respetivas consequências jurídicas” e, ainda, “os acionistas majoritários, invocando o abuso do direito de voto (art. 334º CCivil), poderão pedir a declaração de nulidade dos votos do acionista minoritário, e a consequente declaração judicial de aprovação da deliberação de redução do capital social”. Apesar da “bondade” da solução apresentada parece-nos que esta não possui suporte legal, pelo menos no caso de redução de capital nos termos do art. 35º n.º 3 al. b). O nosso entendimento já não seria o mesmo se a redação atual do art. 35º fosse a que lhe foi conferida pelo DL 162/2002 de 11 de Julho, uma vez que resultava diretamente da disposição em causa uma reação por parte da sociedade à situação de perda verificada e, caso esta reação não se verificasse, o legislador punia essa omissão com a dissolução *ope legis* da sociedade. Após a revisão de 2005 operada pelo DL 19/2005, o legislador entendeu não se adequar à realidade nacional uma obrigação que imponha aos sócios qualquer medida que estes não desejem e, assim sendo, na versão atual da disposição em causa, não se prevê qualquer medida obrigatória, nem mesmo qualquer sanção para o sócio ou sócios que entendam existir medidas mais eficazes e, por isso, rejeitam a redução do capital social ou mesmo para os sócios que entendam não ser necessária a adoção de qualquer medida para o restabelecimento económico da sociedade. Cumpre também não olvidar que, como revela TARSO DOMINGUES<sup>37</sup> “Até porque com a simples redução nominal do capital, a situação patrimonial da sociedade mantém-se absolutamente inalterada, uma vez que não há injeção de novo capital, que

---

<sup>34</sup> COUTINHO DE ABREU “Curso de Direito Comercial”, vol. II, 2011, p. 310-311

<sup>35</sup> ALEXANDRE MOTA PINTO, op. cit., p. 145

<sup>36</sup> Para elaboração deste conceito, COUTINHO DE ABREU, op. cit., p. 323

<sup>37</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 530, nt. 78

permita fazer face às necessidades sentidas pela sociedade para prosseguir a sua atividade”.

Nos termos do art. 95º n.º 1, a redução do capital não pode ser deliberada se a situação líquida da sociedade não ficar a exceder o novo capital em, pelo menos, 20%. Cumpre analisar se e em que medida esta imposição é aplicável à redução de capital por perdas, nomeadamente, à decorrente do art. 35º n.º 3 al. b), uma vez que aparenta as duas disposições serem incompatíveis. O art. 95º do CSC até 2007 previa que a redução de capital pretendida por determinada sociedade não poderia ser registada sem que previamente obtivesse uma autorização judicial e essa autorização não poderia ser concedida se a situação líquida da sociedade não excedesse o novo capital social em 20% (n.ºs 1 e 2 do art. 95º, na redação que lhe conferiram os DL n.º 280/87 de 8 de Julho e 76-A/2006 de 29 de Março). Previa-se ainda no n.º 3 da referida disposição que esta autorização judicial era dispensada no caso de a redução fosse apenas destinada à cobertura de perdas. O art. 95º veio a ser alterado pelo DL n.º 8/2007 de 17 de Janeiro<sup>38</sup>, no qual foi removida esta exigência de autorização judicial e se pretendeu submeter o regime dos arts. 94º, 95º e 96 a todas as reduções de capital, independentemente do fundamento que lhe subjaz. Assim sendo, poderíamos ser levados a concluir que na redução prevista no art. 35º n.º 3 al. b), o valor máximo da redução de capital não seria, como a própria disposição indica, o valor do capital próprio da sociedade, mas antes um valor inferior (o que violaria o pressuposto no art. 35º) de tal forma que o novo capital resultasse da seguinte fórmula aritmética:

$$\text{NCS} = \text{PS} - 20\% \text{ PS} \Leftrightarrow \text{NCS} = 80\% \text{ PS}$$

Em que NCS é o novo capital social

e PS o valor do património social

Autores como TARSO DOMINGUES<sup>39</sup> e OLAVO CUNHA<sup>40</sup> referem só poder ser aplicável à redução de capital exuberante a solução supra citada, uma vez que era nesse

---

<sup>38</sup> Diploma que peca bastante nas alterações que veio incluir ao CSC, principalmente, no facto de alterar a aplicabilidade do regime da redução de capital e não atualizar as remissões de outras disposições no Código para essas normas. Por via deste facto e por uma questão de manutenção lógica legal, a remissão constante do art. 35º n.º 3 al. b) *in fine* deve entender-se, atualmente, para o art. 95º n.º 2 e não para o atual 96º n.º 1.

<sup>39</sup> TARSO DOMINGUES “O novo regime da redução do capital social” in Estudos em honra do Prof. José de Oliveira Ascensão, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1335

sentido que esta obrigação constava na redação originária do art. 95º para a autorização judicial supra referida e esta só existiria nos casos de redução por excesso de capital e não quando esta resulte de perdas. Cumpre aqui reportar a análise a este entendimento feita por ARMANDO TRIUNFANTE<sup>41</sup>, uma vez que o Autor elucida que o alargamento de regime operado pelo DL 8/2007 resulta de uma “opção propositada do legislador”. É, de facto, inegável que permitir a redução de capital por perdas em valor inferior ao património social seria contrário à finalidade que a lei pretende salvaguardar, nomeadamente, se se permitisse que a redução conferisse aos sócios a liberdade de distribuir bens ou fundos que antes se encontravam vinculados à cobertura do capital social, mas, revela o Autor, “não temos a certeza que tal seria o resultado inevitável da aplicação do art. 95º à redução por perdas”. Não é inocente a previsão que o art. 95º comporta quando exige que o património social exceda em 20% o novo capital social, uma vez que, como sabemos, nos termos do art. 295º n.º 1 do CSC, aplicável ainda às SQ por força do art. 218º, o valor máximo da reserva legal é igual à quinta parte do capital social, i. é, 20% e, até esse valor se encontrar preenchido, uma parte dos lucros sociais (uma percentagem não inferior à vigésima parte dos lucros da sociedade) deve ser imputada ao preenchimento desta reserva, evitando dessa forma que haja qualquer distribuição de bens aos sócios, como resulta dos art. 32º, 33º e 296º). Esta solução não estranha, portanto, nem ao Direito Europeu nem a Direito comparado em relação a outros Estados-Membros da União Europeia. Com efeito, o art. 37º da Diretiva 2012/30/UE admite a previsão de reduções de capital onde se impute a uma parcela de ativos a formação de uma reserva insuscetível de distribuição, com limite máximo de 10% do valor do novo capital. Já em termos de Direito comparado, o Autor faz menção de, no ordenamento jurídico espanhol, existir a possibilidade de a redução ter como finalidade direta a constituição ou incremento da reserva legal – art. 317º LSC<sup>42</sup>. Tendo isto em linha de conta, e aceitando que, na definição de capital social se engloba a

---

<sup>40</sup> OLAVO CUNHA “O novo regime da redução do capital social e o art. 35º do Código das Sociedades Comerciais”, in AA.VV., Estudos em Homenagem aos 90 anos do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1060

<sup>41</sup> ARMANDO TRIUNFANTE, “O Regime das estradas na constituição das Sociedades por Quotas e Anónimas”, Coimbra Editora, 2014, p. 443-445, nt. 1147

<sup>42</sup> “Artículo 317

Modalidades de la reducción

1. La reducción del capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones. En las sociedades anónimas, la reducción del capital puede tener también por finalidad la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes.”



reserva legal, teríamos que colocar “frente-a-frente” o art. 95º n.º 1 e o art. 35º n.º 3 al. b), uma vez que dispõem soluções diferentes para a mesma facti-species. Resultaria então que, o novo capital social não poderia ser inferior ao valor do património social, nos termos do art. 35º e também não poderia ser superior, pois violaria o art. 95º. Nas palavras do Autor, “não vemos então alternativa ao entendimento proposto pelos AA [nomeadamente, TARSO DOMINGUES e OLAVO CUNHA], passando o art. 95º n.º 1 a excluir-se das reduções por perda de capital”, conclusão que inteiramente acompanhamos.

Não poderíamos terminar a análise da solução em causa sem referir a exceção prevista no art. 95º n.º 2, por remissão expressa da parte final da alínea b) do n.º 3 do art. 35º. Prevê-se a aplicação desta disposição quando a perda de capital seja tão significativa que a redução de capital terá de ser feita para valor inferior ao valor mínimo de capital social previsto para o tipo social em causa (que, no atual CSC, existem duas situações: 1) para as SA, por força do art. 276º n.º5 – €50 000 e 2) para as SQ, por força dos arts. 201º e 219º n.º3 – €1 por cada sócio). Acontecendo a situação prevista na norma em causa, a redução será permitida, desde que “[fique] expressamente condicionada à efetivação de um aumento de capital para montante igual ou superior àquele mínimo [*in casu*, €50 000 ou €1 por cada sócio], a realizar nos 60 dias seguintes àquela deliberação” ou a transformação da sociedade para outro tipo que admita o valor do capital reduzido (por ex. transformação de SA em SQ), ou seja, a redução de capital é anulável até à verificação do aumento ou transformação e, além disso, mantém-se subsumida à obrigação do art. 171º n.º 2 a sociedade durante todo este processo.

Cumpra ainda não esquecer que, nos termos do art. 95º n.º 4, a redução para cobertura de perdas não libera os sócios da sua obrigação de entrada e confere aos credores a possibilidade de, em defesa dos seus créditos e de prevenirem o esvaziamento do património social, requererem ao Tribunal a limitação ou proibição da distribuição das reservas disponíveis ou dos lucros de exercício durante um determinado período a fixar pelo juiz, desde que o seu crédito não seja satisfeito ou adequadamente garantido, caso já seja exigível ou não, respetivamente.

### 6.3. A reintegração do capital

Chegamos à última proposta prevista no art. 35: a realização de entradas para reforço da cobertura do capital, conforme art. 35º n.º 3 al. c). TARSO DOMINGUES indica três questões a ser explicitadas, no que à reintegração do capital diz respeito, fórmula que seguiremos para seguir o nosso estudo: “[1] a competência do colégio dos sócios relativamente à exigibilidade destas novas contribuições; [2] a qualificação e o regime destas “entradas”; [3] a questão de contribuições não proporcionais à participação social de cada sócio”.

No que à primeira questão concerne, há que avaliar até que ponto poderão os sócios estar ou não vinculados a cumprir esta nova “entrada” por força de deliberação, nomeadamente, em que medida poderá uma maioria de sócios impor a uma minoria o cumprimento destas “obrigações”, imaginando-se, claro está, que não houve consentimento ou aprovação por parte destes. Note-se que esta discussão atualmente tem valor completamente diferente do que teria aquando da redação conferida ao art. 35º pelo DL n.º 162/2002, uma vez que, na altura, o incumprimento por parte da minoria social destas “entradas” poderia vir a justificar a dissolução da sociedade, o que atualmente não sucede. Nas palavras de TARSO DOMINGUES<sup>43</sup> “uma tal solução é [...] inaceitável, porque inconciliável com o princípio – fundamental nas sociedades de capitais – da limitação da responsabilidade dos sócios, a qual se esgota com a realização da respetiva entrada”, o que decorre diretamente dos arts. 197º e 271º para as sociedades de capitais (SQ e SA, respetivamente). Tendo o supra referido presente, teremos de conceder que para a operação de reintegração do capital ser aplicável a todos os sócios, deverá a deliberação ser aprovado por unanimidade. Como naturalmente se compreende, a resposta já não será a mesma, caso se encontre prevista nos estatutos esta solução, o que implicará que estas “entradas” revistam a forma de obrigações acessórias dos sócios, nos termos dos arts. 209º e 287º - mais uma vez, SQ e SA respetivamente. Caso esta situação se verifique, a deliberação já poderá ser aprovada por maioria absoluta dos votos (250º n.º 3 e 386º n.º 1). Por tudo o supra referido, terá que se responder à questão em causa da seguinte forma: a prestação de novas “entradas” para reintegração do capital só será vinculativa para os sócios que a elas consentirem, salvo

---

<sup>43</sup> TARSO DOMINGUES, op. cit., p. 533;

menção contrária do contrato de sociedade, por aplicação analógica do art. 86º n.º 2<sup>44</sup>. Daqui decorre, portanto, que não haverá qualquer obrigação de prestação de novas contribuições a qualquer sócio que não tenha votado favoravelmente a deliberação que aprova a reintegração do capital por novas “entradas”.

Relativamente à forma como devem ser qualificadas estas “entradas” e o regime a que se encontram sujeitas, há que avaliar se estas preenchem os requisitos previstos para as entradas nos termos dos arts. 25º e ss. do CSC. Antes de mais, convirá denotar que tratamos nesta situação, de “entradas realizadas a fundo perdido para o património social”<sup>45</sup>, i. é, tratamos de “entradas” que não se repercutem diretamente no capital social e não geram a criação de novas participações. Visto que o conceito de entrada no CSC está intimamente ligada à realidade prevista nos arts. 25º e ss. do CSC e, para haver entrada, terá naturalmente de existir aquisição da qualidade de sócio e de participação social, estranha-nos a utilização deste conceito para denominar as contribuições previstas pelo legislador no art. 35º n.º 3 al. c), uma vez que entendemos, como ARMANDO TRIUNFANTE que “não é facilmente enquadrável na noção de entrada *stricto sensu*”<sup>46</sup> a realidade prevista na disposição em causa. Cumprirá agora analisar se lhes poderá ser aplicável o regime previsto para as entradas propriamente ditas. Seguindo a linha de estudo do referido Autor, “estas contribuições poderão ser em dinheiro ou em espécie”, sendo aplicável no caso de entradas em espécie, o disposto no art. 28º e “também nos parece que se poderão aplicar as regras de diferimento das entradas em dinheiro”<sup>47</sup>, uma vez que a lei não define qualquer prazo para a sua realização. Haverá, contudo, disposições regimentais das entradas em sentido estrito que não poderão de todo ser aplicáveis, nomeadamente, nas palavras do mesmo Autor “o regime especial de recuperação da obrigação de entrada (arts. 204º e ss. e 285º e ss.)”, nem existe a criação de novas participações sociais, como, por exemplo, acontecerá no caso de um aumento de capital, nem qualquer alteração ao pacto social. Tendo tudo isto presente, parece-nos quase obrigatório concordar com ARMANDO TRIUNFANTE, na medida em que o Autor define que “[as contribuições em causa] só muito dificilmente

---

<sup>44</sup> Entendimento seguido, e em nossa opinião, de forma correta, pelo Ac. Rel. Lisboa de 28-10-2008 (proc. n.º 7648/2008-1, Desembargador Rui Moura como relator);

<sup>45</sup> ARMANDO TRIUNFANTE, op. cit., p. 27;

<sup>46</sup> Neste sentido, ALEXANDRE MOTA PINTO, op. cit., denomina-as como “tipo particular de entrada”; PUPO CORREIA, “Direito Comercial – Direito da Empresa”, 2011, Almedina p. 206 considera-as “contribuições espontâneas” e TARSO DOMINGUES “Garantias de Consistência do Património Social”, Problemas do Direito das Sociedades, Coimbra, Almedina, 2002, p. 539 onde as qualifica como “contribuições voluntárias dos sócios”.

<sup>47</sup> Ambas as citações, ARMANDO TRIUNFANTE, op. cit., p. 29-30

podem ser consideradas entradas na verdadeira aceção da palavra, pelo que teria sido mais prudente ter [o legislador] previsto uma outra designação”.

Já quanto à questão da proporcionalidade (ou inexistência desta), ARMANDO TRIUNFANTE dispõe que vigora a “ausência de obrigatoriedade no respeito pelo princípio da proporcionalidade (imposto [...]) para as entradas em sociedades comerciais portuguesas pelo art. 25º n.º 1”<sup>48</sup>, o que se compreende uma vez que, tendo em conta, por razões já referidas, que as contribuições previstas podem não vincular a generalidade dos sócios, também nada nos parece impedir que um sócio ou um grupo de sócios não possa reintegrar o capital na totalidade, disso beneficiando todos os sócios, não sendo, todavia, produzida qualquer alteração direta na organização societária nem no que às participações sociais diga respeito.

Solução que, assim explanada, nada terá que a torne atrativa para qualquer sócio. Para evitar esta situação, a prática societária italiana, de acordo com o referido por TARSO DOMINGUES, tem resolvido a perda grave do capital criando uma reserva para um futuro aumento de capital. Reveste especial curiosidade esta reserva, uma vez que só poderá ser utilizada num futuro aumento de capital ou, de acordo com a jurisprudência, para imputar à cobertura de perdas.

## **7. Soluções alternativas**

### **7.1. O aumento do capital**

O saneamento financeiro pretendido pelo art. 35º poderá ser obtido por outros meios que não os elencados no art. 35º n.º 3. Uma das medidas mais comuns para a resolução da situação de perda é o aumento de capital, previsto nos arts. 87º e ss. do CSC. Segundo o art. 35º, a sociedade encontra-se sujeita às imposições que daí decorrem (e, nomeadamente, do art. 171º n.º 2) enquanto a situação de perda (o valor do património social ser igual ou inferior a metade do capital social) se mantiver. Através do mecanismo do aumento de capital, visa-se diminuir a desproporção entre património social e capital social, apesar de nunca se conseguir a neutralização completa desta diferença. Acompanhamos TARSO DOMINGUES no entendimento de, nas grande maioria das situações de perda de capital, esta ser a solução mais acertada, uma vez que se trata

---

<sup>48</sup> ARMANDO TRIUNFANTE, op. cit., p. 31

de “uma solução justa e equilibrada para os sócios: permite que aqueles sócios, que estão dispostos – ao concorrerem ao aumento de capital – a agravar o seu risco de perda decorrente do exercício da atividade social, vejam a sua posição societária reforçada, na exata medida do agravamento do risco a que se sujeitam”. Além de premiar os sócios que decidem investir na sociedade, ainda reveste uma forte defesa dos interesses de credores, visto que aumenta naturalmente com o capital social, a sociedade não poderá distribuir bens aos sócios enquanto o valor do património social não atingir o valor do novo capital social.

Para OLAVO CUNHA<sup>49</sup>, muitas vezes o aumento de capital poderá não ser a via mais indicada, uma vez que, segundo o Autor “o aumento de capital [pode] não sanar com facilidade a situação de subcapitalização em que se encontra a sociedade” e, neste sentido, compreende-se a ideia subjacente, uma vez que se o valor da perda for muito grande, imaginemos que se encontra perdida, por evento fortuito, a totalidade, i. é, dois terços do capital. Para este caso, o aumento do capital teria de assegurar que o valor dos capitais próprios à data do aumento somados com a injeção de capital resultante do aumento cobrissem, pelo menos, o valor de metade do novo capital social + €0,01. Imaginemos agora o caso de a perda ser total ou superior, passando o património social a revestir o valor 0 ou um valor negativo. O aumento de capital já muito dificilmente resolveria estas situações, visto que seria necessários aumentos de capital de 200% ou mais para cumprir o previsto no art. 35º n.º 1<sup>50</sup>.

## **7.2. Operação-acordeão ou Operação harmónio**

Outra forma alternativa de conseguir o objetivo exigido pelo art. 35º n.º 1 recorrendo a uma operação que a doutrina francesa apelida de “coup d’accordeon”<sup>51</sup>, denominada em Portugal de “operação-acordeão” ou “operação-harmónio”. Consiste esta operação, nas palavras de TARSO DOMINGUES, “em reduzir o capital social nominal – reduzindo proporcionalmente as participações sociais – e, simultaneamente, aumentá-lo proporcionalmente através de novas entradas a realizar pelos sócios”<sup>52</sup>. Através desta operação conseguir-se-á o restabelecimento financeiro da sociedade previsto no art. 35º

---

<sup>49</sup> OLAVO CUNHA “Direito das Sociedades Comerciais” p. 873

<sup>50</sup> Exemplos propostos pelo A. OLAVO CUNHA, op. cit., p. 873

<sup>51</sup> COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY “Droit des sociétés”, 2005, n.º 1010, p. 338

<sup>52</sup> Tarso Domingues, op. cit., p. 541

e adequar-se-ão as participações sociais aos sócios que decidirem contribuir no aumento de capital. Esta operação permite colmatar as falhas contidas no mecanismo da reintegração do capital, no qual os sócios majoritários não conseguiam impor aos sócios minoritários a prestação de contribuições para restabelecimento financeiro da sociedade, uma vez que estas não lhe eram exigíveis e, além disso, a falta de contrapartida que existia para quem participasse na reintegração. Substituindo a reintegração por uma operação-harmónio, além de conseguirem impor um ónus aos sócios minoritários relativo à participação na operação (ónus essa decorrente da imposição de estes entrarem no aumento de capital, nomeadamente adquirindo as participações em relação às quais dispõem de direito de preferência, uma vez que, se não o fizerem, as suas prestações serão reduzidas por consequência do aumento) e de reforçarem a sua posição, no caso de os restantes sócios não exercerem o direito de preferência e, por via desse facto, estes participarem em maior medida no aumento.

Havendo redução de capital na medida das perdas e aumento subsequente de capital para valor igual ou superior ao capital original, além de ser cumprir a exigência legal do art. 35º, ficará, mesmo no caso de a perda ser total, a sociedade com a totalidade do seu capital coberto, o que traduz a especial efetividade desta operação.

## **8. Conclusão**

Findo o estudo a que nos propusemos sobre o regime da perda grave de capital e a sua evolução, cumpre-nos analisar criticamente o que verificámos.

O legislador entendeu por bem incluir o art. 35º na subsecção relativa às medidas de conservação do capital (arts. 31º e ss. do CSC), sendo esta disposição vizinha de outras que visam proteger os direitos dos credores sociais em caso de distribuição de bens aos sócios. Entendemos, tendo em conta a redação atual da disposição, ser uma colocação algo infeliz, já que os arts. 31º a 34º e o art. 35º pouco têm que os relacione.

Não podemos dizer que, como resulta do preâmbulo da Segunda Diretiva sobre Sociedades e certamente era objetivo do legislador, o art. 35º seja uma norma de proteção de credores<sup>53</sup>. Possivelmente já o terá sido, em redações anteriores onde se seguia muito de perto o antigo art. 120º n.º 5 e § 3 do Código Comercial, mas não

---

<sup>53</sup> Ao contrário do que alega ainda alguma doutrina e grande parte da jurisprudência. Neste sentido, Ac. TRL de 13-01-2011 “todas as disposições que se propõem a prover à realização e à conservação do capital social se destinam diretamente à proteção dos credores sociais”

atualmente. Isso é particularmente visível, na comparação dos vários regimes a que esteve sujeita a perda grave de capital e na diferença substantiva entre o mais recente e os seus antecessores, uma vez que é indiscutível que limitava a atividade social, nomeadamente, através de impositivos legais que obrigavam a sociedade a conservar o seu capital próprio ou, pelo menos, parte deste.

Esta visão do património social como garantia dos credores, muitas vezes encontra-se distorcida pela própria realidade, já que o património social deverá ter como finalidade principal a concessão de meios à sociedade para o desenvolvimento da sua atividade, facto que poderá levar muitas vezes ao choque entre a atividade social e os direitos dos credores. Com o princípio da intangibilidade é um corolário do princípio da proteção da parte mais fraca, amplamente reconhecido no Direito Civil, e que visa defender, no CSC, os direitos dos credores face à atuação dos sócios, nomeadamente, à descapitalização social por facto que aos sócios seja imputável. Apesar de se entender a bondade teórica desta previsão, a realidade está longe de se aproximar do supra referido. Em primeiro lugar, cumpre lembrar que para o regime do instituto da perda grave de capital não releva a causa justificativa da situação de perda, o que poderá muitas vezes surgir da mera atividade social ou investimentos falhados levados a cabo pela empresa. Seguidamente diremos que a forma como foi tratado historicamente este regime demonstra inequivocamente que o legislador sempre entendeu que o credor é a parte mais fraca desta relação de crédito que existe entre este e sociedade comercial e, por isso, este carecerá de mais proteção e esta é uma posição que não podemos aceitar, especialmente no caso da perda grave de capital, onde a grande maioria das vezes será a sociedade a parte mais fraca e que carecerá de proteção, situação que nos faz concordar com a redação atual do art. 35º.

Já o mesmo não se poderá dizer quanto ao art. 171º n.º 2, visto este ter como objetivo informar os credores ou futuros credores de um estado de coisas que poderá afetar a sua declaração negocial, nomeadamente, na celebração de contratos com a dita sociedade, tentando defendê-los de negócios arriscados.

Em sùmula, cumpre desafiar o legislador a fazer uma opção clara que não foi tomada em 2005, aquando da alteração do art. 35º. Este deverá decidir se, verificada uma situação de perda grave de capital, deverão proteger-se os credores da sociedade ou a própria sociedade. Se optar por defender credores, propomos que, apesar não entendermos dever o art. 35º ser revisto, seja alterado o art. 171º n.º 2 de forma a

conferir uma real proteção para estes, aproximando-o ao art. 405º do CVM, através do qual se poderá assegurar uma melhor defesa dos credores. Já se optar pela defesa da sociedade em perda grave, como entendemos ser a solução certa, deverá adaptar o n.º 3 do art. 35º para este conter soluções mais atrativas para os sócios, nomeadamente, a operação-harmónio e o aumento de capital, como meios de recurso da sociedade para fazer face a uma situação de perda grave. Já quanto ao art. 171º n.º 2, tendo em conta que, em termos de efeitos para a sociedade, trata-se de uma solução extremamente penalizadora, entendemos que este não tem razão de ser, uma vez que o regime de proteção impõe uma coima de valor extremamente reduzido, nos termos do art. 528º n.º 2, e não concede nenhum direito especial de defesa aos credores. Ou seja, dever-se-á aproximar o sistema atual da perda grave de capital na sua totalidade ao modelo seguido na ordem jurídica alemã, solução que não beliscaria em grande medida os direitos de nenhuma das partes, uma vez que o Livro das Obrigações do CCivil já confere inúmeras formas de reação aos credores, nomeadamente, nos arts. 605º e ss.



## Índice

1. Introdução .....	6
2. Breve referência ao capital social e figuras afins e sua relação com o princípio da intangibilidade .....	7
2.1. Capital social e Património Social .....	7
2.2. Capital nominal e capital real .....	8
2.3. Capital social e princípio da intangibilidade .....	9
3. A redação atual do art. 35º do Código das Sociedades .....	10
4. Do Direito Comparado Europeu do séc. XIX/XX ao DL n.º 76-A/2006 de 29 de Março .....	11
4.1. A alteração introduzida pelo DL 19/2005 e o regime atual do art. 35º .....	19
5. O regime do art. 35º na redação atual (resultante do DL 76-A/2006) .....	20
5.1. A ratio legis .....	20
5.2. Âmbito subjetivo .....	21
5.3. A previsão legal do art. 35º .....	22
5.4. Os efeitos jurídicos previsto no art. 35º CSC .....	23
5.4.1. Efeitos em relação aos gerentes ou administradores .....	23
5.4.2. Efeitos em relação aos membros do órgão de fiscalização .....	24
5.4.3. O efeito externo (publicidade) da situação de perda grave .....	24
6. As propostas do art. 35º .....	27
6.1. A dissolução da sociedade .....	28
6.2. A redução do capital social .....	29
6.3. A reintegração do capital .....	34
7. Soluções alternativas .....	36
7.1. O aumento do capital .....	36
7.2. Operação-acordeão ou Operação harmónio .....	37
8. Conclusão .....	38
9. Bibliografia .....	42

## Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II — *Das Sociedades*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2009;

ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 5.<sup>a</sup> edição, Porto, 2015;

CORDEIRO, António Menezes, *A perda de metade do capital social e a reforma de 2005: Um repto ao legislador* in ROA, ano 65, vol. I., 2005;

CORREIA, Miguel Pupo, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, Lisboa, Almedina, 2011;

COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence *Droit des sociétés*, 18.<sup>a</sup> edição, Paris: Litec, 2005;

CUNHA, Paulo Olavo,

- *O novo regime da redução do capital social e o art. 35º do Código das Sociedades Comerciais*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem aos 90 anos do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2007
- *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

DOMINGUES, Paulo de Tarso,

- *Comentário ao art. 35º in Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), Coimbra, Almedina, 2011;
- *O novo regime da redução do capital social* in *Estudos em honra do Prof. José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008;
- *Garantias de Consistência do Património Social* in *Problemas do Direito das Sociedades*, IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2002

FENGHI, FRANCESCO, *La riduzione del capitale sociale*, Milano, Giuffrè, 1974

MARTINS, Alexandre de soveral, *Comentário ao art. 171º in Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), Coimbra, Almedina, 2011

MERTENS, Hans-Joachim, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Auflage, Köln Heymann, 1996

PINTO, Alexandre Mota, *O Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na Versão mais Recente*, in *Temas Societários*, IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2006

TRIUNFANTE, Armando, *O Regime das estradas na constituição das Sociedades por Quotas e Anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

VASCONCELOS, Paulo, *A perda grave do capital*, Revista de Ciências Jurídicas Empresariais, ISCAP, Porto, n.º 10, 2007

VENTURA, Raúl, *Dissolução e liquidação de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1987